

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .244/C1/2465, 2476

Data: 02.02.2022

Prin contestația nr. 486/20.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 38717/27.07.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 4E/190766/13.09.2021, emisă de către SA – DRDP, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii licitație deschisă accelerată organizată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Ranforsare sistem rutier (cu lianți bituminoși și hidraulici) pentru lucrările aferente reparațiilor curente pe rețeaua de drumuri naționale din administrarea DRDP: lot SDN Alexandria”, cod CPV: 45233142-6, s-a solicitat:

- anularea rezultat procedură comunicat prin adresa nr. 4E/190766/13.09.2021, a proceselor de evaluare, a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestora ca fiind netemeinice și nelegale;

- reevaluarea ofertelor SC SRL, respectiv SC SRL situate pe locurile I și II în conformitate cu aspectele ce urmează a fi sesizate, respectiv cu legislația în vigoare.

Prin contestația nr. 2120/20.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 49433/21.09.2021, formulată de SC SRL, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, cu sediul în, strada Varianta Nord, nr. 5, corp C5 – Pavilion Expediție, jud., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii, emis de către SA – DRDP, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în B-dul, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 4E/190765/13.09.2021, a raportului procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021 a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a celor subsecvente, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnate câștigătoare;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta SC SRL, a fost declarată admisibilă și câștigătoare și reevaluarea acestei oferte.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51357/30.09.2021 SC SRL, cu sediul în, str., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/3706/2019, având CUI RO 36256957, reprezentată legal prin administrator și convențional prin Cabinet de Avocat având sediu ales pentru comunicarea actelor în, str....., formulează cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în contradictoriu cu SC SRL, solicitând:

I admiterea în principiu a cererii de intervenție;

II. în principal, pe cale de excepție:

1. admiterea excepției autorității de lucru judecat raportat la Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021;

2. admiterea excepției inadmisibilității contestației cu privire la pretensele critici privind neevaluarea propunerii tehnice/financiare a sa de către autoritatea contractantă în a doua etapă de evaluare a ofertelor;

3. admiterea excepției nemotivării contestației cu privire la pretensele critici privind (i) neevaluarea propunerii tehnice/financiare a sa de către autoritatea contractantă, (ii) lipsa verificării documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE;

III. în subsidiar, respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51357/30.09.2021, SC SRL, cu sediul în, str., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/3706/2019, având CUI RO 36256957, reprezentată legal prin administrator și convențional prin Cabinet de Avocat Andreiana Cornelia având sediu ales pentru comunicarea actelor în, str., formulează cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în contradictoriu cu SC SRL, solicitând:

I admiterea în principiu a cererii de intervenție;

II. în principal, pe cale de excepție:

1. admiterea excepției tardivității formulării contestației;

2. admiterea excepției autorității de lucru judecat raportat la Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021;

III. în subsidiar, respingerea contestației ca nefondată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2465/2021 și nr. 2476/2021 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt SC SRL precizează că oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, clasată pe Locul I, rezultatul procedurii fiindu-i comunicat prin adresa nr. 4E/190506/26.07.2021.

Ca urmare a evaluării ofertelor de către autoritatea contractantă, aceasta a stabilit că oferta înaintată de către SC SRL este inacceptabilă potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente și neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) ale aceluiași act normativ întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, comisia dispunând respingerea ofertei (art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016).

De asemenea, arată că în ceea ce privește oferta SC SRL, comisia, în urma evaluării a stabilit că aceasta este inacceptabilă potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente și neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) ale aceluiași act normativ întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, comisia dispunând respingerea ofertei (art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016).

Totodată arată că, nemulțumite de decizia comisiei de evaluare, atât ofertantul SC SRL, cât și SC SRL au formulat contestații, Consiliul dispunând prin Decizia nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021 admiterea contestațiilor și obligarea autorității contractante la reevaluarea acestor oferte, decizie care nu este definitivă.

SC SRL precizează că a formulat plângere împotriva acestei decizii, aceasta aflându-se pe rolul Curții de Apel, dosar nr. 5905/2/2021 cu termen de judecată 30.09.2021.

Contestatorul arată că fără a fi soluționată plângerea sus menționată, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta SC SRL, cu un preț ofertat de 21.005.580 lei, oferta sa fiind clasată pe locul III.

Referitor la ofertele depuse de SC SRL și SC SRL contestatorul susține că acestea nu îndeplinesc cerințele prevăzute de caietul de sarcini CAP 7 - utilaje necesare și personal cheie.

Cu privire la acest aspect, arată că potrivit prevederilor fișei de date a achiziției secțiunea IV 4.1.: „Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să respecte specificațiile precizate în Caietul de Sarcini - din Documentația de Atribuire. În acest sens, propunerea tehnică va fi elaborată astfel încât din conținutul acesteia să rezulte în mod clar corespondența propunerii tehnice cu cerințele/ obligațiile/specificațiile prevăzute în Caietul de Sarcini și va respecta structura prezentată în Caietul de Sarcini”.

De asemenea, potrivit prevederilor Caietului de sarcini Cap. 7, ofertantul trebuie să aibă următoarele dotări minime:

- „Laborator propriu autorizat/acreditat (min. grad H);
 - Stație preparare mixturi asfaltice, cap. min. 100 tone/oră, care se află la o distanță de maxim 100 km față de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza căreia se execută lucrările de ranforsare sistem rutier;
 - Truse de așternere mixturi asfaltice, min. 2 seturi compuse din:
 - o Repartizor finisor prevăzut cu sistem de nivelare automat;
 - o Utilaj cu perie mecanică;
 - o Freză pentru asfalt cu lățimea de frezare min. 1m;
 - o Compactor static autopropulsat cu pneuri de 160kn;
 - o Compactor static autopropulsat cu rulouri netede 120kn;
 - o Autogudronator sau instalație pentru amorsarea suprafețelor min. 1 buc;
 - o Tăietor de rosturi;
 - o Compresor aer pentru suflarea suprafețelor;
 - Set semnalizare rutieră min. 2 (conform schemelor de semnalizare rutieră pentru drumuri naționale);
 - Buldoexcavator min 2 buc;
 - Autobasculante pentru transport mixtură asfaltică min 15 buc;
 - Încărcător frontal - min 2 buc;
 - Autogreder/instalație pentru completat acostamente min 1 buc.
- Personal:
- Manager contract - licențiat facultate de construcții - diplomă inginer CFDP cu vechime min. 5 ani în lucrări de drumuri;
 - Responsabil tehnic cu execuția atestat conform Ordin MLPTL nr. 777/2003;
 - Responsabil cu asigurarea calității - licențiat facultate de construcții - diplomă inginer CFDP cu vechime min, 5 ani în lucrări de drumuri;
 - Responsabil securitate și sănătate în muncă - formare specifică de coordonator în materie de sănătate și securitate, actualizată la fiecare 3 ani conform art. 59 HG 300/2006.

Spre exemplificare, arată că ofertantul SC SRL nu a făcut dovada deținerii unei stații de mixturi asfaltice, care să dețină toate avizele și autorizațiile de funcționare, respectiv care să poată produce mixturi asfaltice la momentul înaintării propunerii tehnice.

Acest ofertant nu a avut în vedere necesitatea autorității contractante, astfel cum a fost descrisă de către autoritate, de a executa lucrări de ranforsare sistem rutier, în cel mai scurt timp posibil, acest ofertant nu a prezentat toate documentele necesare prevăzute de legislația în vigoare, pentru ca aceasta să funcționeze și să producă mixtură necesară pentru punerea în operă a lucrărilor care fac obiectul acordului cadru.

Tot spre exemplificare arată că ofertantul SC SRL nu a făcut dovada deținerii unei stații de mixturi asfaltice în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, acesta înțelegând să prezinte contractul

nr. 598/14.05.2021 încheiat cu SC SRL, acest contract fiind în realitatea un contract de furnizare mixturi, nicidecum un document care să ateste deținerea unei astfel de stații de către ofertant.

Consideră că comisia de evaluare avea obligația de a efectua o verificare efectivă a propunerilor tehnice ale acestor ofertanți, respectiv a dispune respingerea ofertelor acestora, potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, raportat la dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 137 alin. (3) lit. a), c), d), g) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul susține că din analiza raportului procedurii, înregistrat sub nr. 4E/190763/13.09.2021, rezultă faptul că autoritatea contractantă nu a analizat propunerile tehnice ale celor doi ofertanți, în raport de fiecare cerință prevăzută în caietul de sarcini.

Astfel, la cap. 3.2.2. Evaluarea propunerilor tehnice, comisia s-a limitat la a invoca Decizia CNSC, nedefinitivă, nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021 susținând generic că propunerile tehnice au fost reevaluate în raport de cerințele minime din caietul de sarcini pe baza informațiilor din propunerile tehnice și a motivării din Decizia CNSC.

De asemenea, susține că raportul procedurii nu îndeplinește prevederile art. 216 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât acesta nu descrie în concret procesul de calificare și selecție a ofertanților, indicarea generică în sensul că s-a făcut o evaluare, conform Deciziei CNSC nu îndeplinește cerințele minime impuse de prevederile art. 216 alin. (2) lit. b), respectiv alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016, prin urmare apreciază că autoritatea contractantă a efectuat doar o verificare formală a acestor oferte.

În acest sens precizează că, potrivit dispozițiilor art. 133 alin. (1) și (2) „Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.”

Or, din raportul procedurii nu rezultă faptul că autoritatea contractantă a efectuat o analiză a fiecărui document înaintat de cei doi ofertanți cu privire la propunerea tehnică.

Face precizarea că agenții economici sus menționați nu au formulat contestație cu privire la documentația de atribuire, respectiv cu privire la solicitările de clarificări, acestea dobândind astfel caracter obligatoriu, încălcarea cerințelor impuse de către autoritate impunându-se a fi sancționată cu excluderea ofertelor, comisia de evaluare în mod greșit apreciind ofertele ca fiind admisibile.

De asemenea, susține că solicitările de clarificări trimise acestor doi ofertanți au avut un caracter formal, răspunsul la acestea nefiind analizat în mod efectiv de către comisia de evaluare, cu privire la încălcarea

prevederilor art. 134 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016, răspuns neconcludent/modificare a ofertei.

Mai mult, susține că autoritatea contractantă nu a verificat efectiv cu privire la cele două oferte îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire Cap. III pct. 1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Totodată consideră că raportul procedurii nu evidențiază modalitatea concretă de evaluare cu privire la această cerință, prin urmare comisia de evaluare a încălcat prevederile art. 133 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

„Ofertantul unic/Ofertantul asociat/terțul susținător/subcontractantul ce depune oferta trebuie să demonstreze că a executat în ultimii 5 ani* lucrări similare cu cele care fac obiectul acordului-cadru, a căror valoare cumulată la nivelul unui contract sau a mai multor contracte este de cel puțin: 2.885.000,00 lei fără TVA”.

De asemenea, consideră că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare nu a făcut o verificare efectivă a propunerilor financiare ale SC SRL respectiv SC SRL.

Propunerile financiare ale acestor agenți economici, având în vedere ofertele înaintate de 21.005.580 lei, respectiv 21.858.320 lei, conțin prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate.

Potrivit raportului procedurii comisia nu a efectuat verificări ale modului de stabilire a prețului ofertat, aceste verificări fiind menționate doar în mod generic (verificare corelare cu propunerile tehnice, identificări și remedieri erori aritmetice, încadrare în valoarea estimată, asigurări că prețul propus nu este neobișnuit de scăzut) inclusiv sub aspectul cuprinderii în cadrul acestuia a tuturor costurilor legale în conformitate cu cerințele Caietului de sarcini și ale legislației aplicabile. Fiind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a), c), d) și g) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare trebuia să constate neconformitatea acestei oferte.

Totodată, cu privire la evaluarea financiară, arată că comisia de evaluare (cap. 3.2.3.) invocă faptul că evaluarea financiară are la bază Decizia CNSC nr. 1898/0/1951,1977/26.08.2021, ori această decizie nu conține prevederi cu privire la evaluarea propunerii financiare, prin urmare este evidentă efectuarea unei evaluări superficiale, cu încălcarea prevederilor art. 133 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare concluzionează că prețurile ofertate de cei doi ofertanți nu au fost verificate efectiv, acestea conținând prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate.

De asemenea cu privire la verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE în referire la oferta SC SRL, deși acestea nu demonstau pe deplin informațiile din DUAE, comisia de evaluare nu a decis respingerea acestei oferte, ci a înțeles, cu încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. (2) respectiv

art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - principiul tratamentului egal și al nediscriminării.

Indiferent de Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021, consideră că comisia de evaluarea trebuia să analizeze în concret îndeplinirea tuturor cerințelor impuse prin documentația de atribuire, prin decizia CNSC nefiind dispusă exonerarea comisiei de evaluare de la verificările ofertelor, astfel cum impun prevederile art. 133 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

În drept, invocă prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, HG nr. 395/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în prezenta contestație.

Prin adresa nr. 493/22.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 49837/22.09.2021 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207527215/1 tranzacția nr. 1128549830/1929144390 din 21.09.2021 în valoare de 88.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Alexandria.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 51357/30.09.2021 SC SRL depune cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante solicitând respingerea criticilor din contestația formulată de SC SRL ca autoritate de lucru judecat, inadmisibile, nemotivate și nefondate.

I. Admisibilitatea cererii de intervenție.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) din Noul Cod de Procedură Civilă, intervenientul solicită admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție, în considerarea faptului că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În acest context, având în vedere că:

i. dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevăd dreptul operatorilor economici participanți la procedură de a formula cerere de intervenție în litigiu;

ii. are calitatea de operator economic participant la procedură, oferta sa fiind declarată câștigătoare;

iii. prin contestația formulată, SC SRL a solicitat, inter alia, anularea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare;

iv. formularea apărărilor, sub aspectul susținerii legalității declarării ofertei sale drept câștigătoare i-ar fi îngăduită în cazul în care nu ar avea calitatea de parte în dosar astfel încât să își poată proteja dreptul dobândit în calitate de ofertant câștigător, motiv pentru care solicită admiterea cererii de intervenție în principiu și să se dispună introducerea sa în cauză în calitate de intervenient în Dosarul nr. 2465-C1 având ca obiect contestația formulată de SC SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire;

v. De asemenea, subliniază faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în

reglementarea CEDO (art. 6 alin. (1)), instituie cadrul legal prin care el poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Astfel, consideră că sunt îndeplinite condițiile generale în vederea justificării „interesului” în formularea și susținerea acestei cereri.

Având în vedere toate aceste considerente, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și introducerea sa în cauză în calitate de intervenient.

II. Admiterea excepției autorității de lucru judecat raportat la decizia CNSC NR. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021.

Intervenientul arată că, prin contestația formulată, SC SRL pretinde faptul că el nu ar fi făcut dovada deținerii unei stații de mixturi asfaltice care să dețină toate avizele și autorizațiile de funcționare.

În fapt, arată că acest motiv de pretinsă neconformitate a fost invocat de autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, act contestat de el, demers în urma căruia a fost pronunțată Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021.

Prin decizia anterior referită, Consiliul a admis contestația formulată de SC SRL reținând următoarele:

„Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică ofertantului se stabilesc la nivelul anunțului de participare, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctele III.1.) și III.1.3), autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada deținerii în dotare a unei stații de mixtură asfaltică, cerință care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, se constată că acesta reprezintă o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice; în atare condiții, respingerea ofertelor celor doi contestatori în cadrul etapei de evaluare ca fiind inacceptabile și neconforme, sunt lipsite de temei legal, din moment ce unicul criteriu pe care comisia de evaluare l-a constatat neîndeplinit de către cei doi contestatori a fost cel inserat exclusiv în caietul de sarcini.

Având în vedere cerințele din caietul de sarcini antemenționate raportat la prevederile legale în domeniu Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a evaluat aceste cerințe cu rigurozitatea unui formalism exagerat, precizările referitoare la stația de mixturi asfaltice din cuprinsul caietului de sarcini fiind, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauze nescrise atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea

atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016”.

Prin urmare, intervenientul arată că Consiliul a reținut cu autoritate de lucru judecat:

(i) caracterul de clauză nescrisă a cerinței privind stația de mixturi asfaltice atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor de evaluare a ofertelor;

(ii) ineficacitatea și lipsa oricăror efecte juridice cu privire la cerința din caietul de sarcini prin care ofertanții erau obligați să dețină o stație de mixturi.

Potrivit dispozițiilor art. 430 alin. (1) și (2) C.pr.civ. „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

Prin urmare, susține că față de faptul că motivele de pretinsă neconformitate a ofertei sale reținute de autoritatea contractantă și reluate de SC SRL prin prezentul demers juridic au fost soluționate în mod definitiv de CNSC, rezultă că, prin raportare la dispozițiile art. 430 și ale art. 431 C.pr.civ., reiterarea acestor critici prin contestația ce face obiectul prezentului dosar este inadmisibilă, criticile urmând a fi respinse, fără a mai fi analizate pe fond, ca urmare a admiterii excepției autorității de lucru judecat.

În sensul celor de mai sus invocă și practica judiciară relevantă:

- Decizia civilă nr. 3195/17.04.2014 pronunțată de Curtea de Apel:

- Decizia civilă nr. 8906/27.10.2014 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara:

- Decizia civilă nr. 2457/11/06.2012 pronunțată de Curtea de Apel

De asemenea, arată că în doctrină s-a reținut faptul că „autoritatea de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să fie contrazisă de o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur)”.

Prin urmare, intervenientul susține că, conform doctrinei și practicii judiciare constante, autoritatea de lucru judecat este incidentă în situația în care, prin hotărârea evocată au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit. Astfel, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un

al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Această interpretare a autorității de lucru judecat corespunde necesității de stabilitate juridică, fiind interzisă readucerea în fața instanțelor a chestiunii litigioase deja rezolvate.

În speța de față, consideră că aspectele invocate de contestator, în ceea ce privește oferta intervenientului, au fost deja soluționate anterior de CNSC.

Mai mult, precizează că Consiliul a dispus în mod explicit că se impune anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente reținând în același timp obligația în sarcina autorității contractante de a reevalua oferta sa „cu respectarea anunțului de participare, documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferenta prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare”.

Astfel, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a pus în executare Decizia CNSC prin care s-a dispus în mod explicit care sunt condițiile în care autoritatea contractantă trebuie să reevalueze oferta sa.

Față de toate aceste considerente, consideră că rezultă cu evidență că demersul juridic promovat de SC SRL trebuie respins, având în vedere că susținerile din contestația formulată au fost soluționate și beneficiază de autoritate de lucru judecat.

În concluzie, solicită admiterea excepției autorității de lucru judecat așa cum a fost formulată.

III. Admiterea excepției inadmisibilității contestației raportat la prevederile art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul solicită anularea actelor emise de autoritatea contractantă, în a doua etapă de evaluare, pe motiv că nu s-ar fi efectuat o verificare completă a ofertelor din punct de vedere tehnic și financiar.

Potrivit art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016 „În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării”.

În considerarea dispozițiilor legale anterior referite apreciază că demersul juridic al contestatorului este inadmisibil în condițiile în care autoritatea contractantă avea obligația de a reevalua oferta sa în limitele stabilite de CNSC prin Decizia pronunțată.

IV. Admiterea excepției nemotivării contestației raportat la prevederile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016 „Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente:

(...)

f) motivarea în fapt și în drept a contestației;

g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil; (...)”.

De asemenea, potrivit art. 249 din NCPC „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Prin urmare, arată că legiuitorul a reglementat în mod explicit modalitatea în care poate fi formulată contestația, făcând trimitere la motivele de fapt și de drept, precum și la mijlocele de probă care trebuie depuse în susținerea demersului juridic.

În speța de față, în ceea ce privește oferta sa, consideră că contestatorul a formulat doar critici generale, nesuținute în fapt și în drept cu privire la propunerea tehnică/financiară a și formularul DUAE.

Susține că contestatorul își construiește întreaga așa-zisă argumentație pe baza unor simple afirmații fără a aduce nicio dovadă în sprijinul susținerilor sale. Aceasta face afirmații cu caracter general și vag, încălcând astfel regula stabilită de art. 249 Cod proc. civ, potrivit căreia, „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească”.

Practica CNSC și a instanțelor de judecată este unanimă în a sancționa abuzurile operatorilor economici care invocă prin contestația formulată critici generale, nemotivate.

În acest sens, face trimitere la următoarele decizii de practică:

- Decizia nr. 3154/C9/4015 din data de 28.11.2017, Decizia CNSC nr. 2188/C11/2311/2349/2351/2380 din data de 03.08.2018, Decizia CNSC nr. 2356/C6/2474 din data de 28.08.2018, Decizia civilă nr. 4065 din data de 11.10.2018.

În acest context, în opinia sa este evident că SC SRL a formulat o contestație nemotivată, neavând niciun argument pentru a critica oferta sa, motiv pentru care se impune respingerea acesteia ca nemotivată.

V. Pe fond, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Contestatorul susține că a respectat întocmai cerințele documentației de atribuire, depunând o oferta completă și corectă, evaluată în mod temeinic și legal de autoritatea contractantă.

Având în vedere toate aceste considerente, solicită admiterea atât în principiu cât și pe fond a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulată de SC SRL în principal în considerarea excepțiilor invocate iar, în subsidiar, ca nefondată.

În drept, invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 din NCPC, precum și toate celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul prezentei Cereri de intervenție.

În probatoriu: solicită încuviințarea administrării probei cu înscrisuri precum și a oricăror alte mijloace de probă necesare soluționării cauzei.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 solicită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii și efectuării de copii xerox

Prin adresa nr. 4E/190826/22.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50096/23.09.2021 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În prealabil, autoritatea contractantă precizează că nu poate, în sens strict procedural, să invoce formal excepții și apărări în cadrul punctului de vedere, care au ca scop exclusiv prezentarea poziției sale față de afirmațiile și solicitările contestatorului (precizarea este necesară în contextul practicii recente a CNSC, care a considerat că afirmațiile autorității contractante pot lua forma excepțiilor sau apărărilor de fond, deși legal aceasta exprimă doar un punct de vedere). De aceea, susținerile sale sunt de natură să exprime observații privind contestația, CNSC urmând să le considere ca atare sau să le convertească în excepții ridicate din oficiu, în limitele legii, în virtutea rolului activ care îi revine potrivit regulilor procedurale aplicabile.

Autoritatea contractantă precizează că, urmare procesului de evaluare detaliat în procesele-verbale din timpul evaluării ofertelor, a fost întocmit și aprobat raportul procedurii cu nr. 4E/I90505/26.07.2021.

Ulterior, au fost întocmite și transmise, prin intermediul SEAP, comunicările privind rezultatul procedurii tuturor operatorilor economici participanți la procedura de achiziție publică.

Astfel, arată că oferta depusă de SC SRL, a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 22.263.630,00 lei fără TVA, fiind singura care a prezentat o propunere tehnică, care a respectat în totalitate cerința Fișei de date a achiziției, Secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice „Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să respecte specificațiile precizate în Caietul de Sarcini - din Documentația de Atribuire. În acest sens, propunerea tehnică va fi elaborată astfel încât din conținutul acesteia să rezulte în mod clar corespondența propunerii tehnice cu cerințele/obligațiile/specificațiile prevăzute în Caietul de Sarcini și va respecta structura prezentată în Caietul de Sarcini”, coroborat cu cerințele/obligațiile/specificațiile prevăzute la capitolul „7. UTILAJE NECESARE SI PERSONAL CHEIE - dotarea tehnică: Utilaje și echipamente necesare pentru realizarea obiectului Acordului Cadru”.

Celelalte oferte au fost încadrate după cum urmează:

1. SC SRL: inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente și neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din același act normativ, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini și respinsă, în conformitate cu

prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare;

2. SC SRL: inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente și în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (6) din același act normativ, întrucât prin răspunsurile la solicitările de clarificări modifică propunerea tehnică prezentată inițial, neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, și respinsă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare;

3. SC SRL: inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări nu sunt concludente și neconformă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, și respinsă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Urmare a contestațiilor formulate de SC SRL și SC SRL și a formulării punctelor de vedere ale autorității contractante referitoare la acestea, respectiv punct de vedere nr. 4E/190579/05.08.2021, înregistrat la CNSC cu nr. 41001/06.08.2021 și punct de vedere nr. 4E/190576/04.08.2021, înregistrat la CNSC cu nr. 40477/04.08.2021, în care au fost expuse, în clar, considerentele pentru care aceste oferte nu corespund atât cerințelor/obligațiilor/specificațiilor prevăzute în documentația de atribuire, pusă la dispoziția operatorilor economici interesați să depună ofertă, cât și necesității reale a autorității contractante, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a pronunțat Decizia nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021, prin care a admis contestațiile formulate de cele doua contestatoare și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea anunțului de participare, a documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă deciziei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Autoritatea contractantă redă în continuare pasaje considerate relevante din decizia CNSC.

Urmare punerii în aplicare a Deciziei CNSC cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, în baza motivării avută în vedere de CNSC la emiterea deciziei, în conformitate cu principiile reglementate de Legea nr. 98/2016, cu completările și modificările ulterioare și având în vedere prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările

ulterioare, a reevaluat ofertele depuse la procedura de achiziție publică pentru atribuire acordului-cadru cu obiect „Ranforsare sistem rutier (cu lianți bituminoși și hidraulici) pentru lucrările aferente reparațiilor curente pe rețeaua de drumuri naționale din administrarea DRDP: lot SDN ALEXANDRIA”, rezultatul procedurii regăsindu-se în Raportul procedurii cu nr. 4E/190763/13.09.2021, comunicat tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că oferta clasată pe primul loc și declarată câștigătoare, urmare reevaluării și aplicării criteriului de atribuire, a fost oferta depusă de SC SRL, cu o propunere financiară de 21.005.580,00 lei fără TVA.

Oferta depusă de SC SRL, s-a clasat pe locul III, urmare reevaluării ofertelor și aplicării criteriului de atribuire, cu o propunere financiară de 22.263.630,00 lei fără TVA.

În primul rând, autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu prevederile art. 28 alin. (1), coroborat cu art. (5) din Legea nr. 101 cu completările și modificările ulterioare și ținând cont de necesitatea de a executa lucrările supuse achiziției publice, Decizia CNSC cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021 a fost dusă la îndeplinire, fiind obligatorie.

Referitor la criticile formulate în privința deciziei autorității contractante, urmare reevaluării ofertelor SC SRL și SC SRL, subliniază faptul că la reevaluarea tuturor ofertelor depuse, comisia de evaluare a respectat întocmai motivarea avută în vedere de Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor la emiterea Deciziei cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021.

Astfel, arată că așa cum a menționat anterior, Consiliul a reținut în motivarea sa: „Având în vedere cerințele din caietul de sarcini antemenționate raportat la prevederile legale în domeniu Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a evaluat aceste cerințe cu rigurozitatea unui formalism exagerat, precizările referitoare la stația de mixturi asfaltice din cuprinsul caietului de sarcini fiind, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauze nescrise atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016”, în consecință autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a avut în vedere la reevaluarea ofertelor, doar acele clauze care nu au fost considerate nescrise.

Referitor la criticile contestatorului în ceea ce privește întocmirea raportului procedurii, coroborat cu faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare nu a efectuat o analiza corespunzătoare a ofertelor depuse la procedură, menționează următoarele:

1. Referitor la dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, Consiliul a reținut în motivarea avută în vedere la emiterea Deciziei cu nr. 1898/C1/1951,

1977 din 26.08.2021 că în conformitate cu prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare raportându-se în procesul de reevaluare la aceste considerente.

2. Referitor la dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, Consiliul a reținut în motivarea avută în vedere la emiterea Deciziei cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021 că în conformitate cu prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise” autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare raportându-se în procesul de reevaluare la aceste considerente.

3. Referitor la prevederile art. 137 alin. (3) lit. c), d), g) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, autoritatea susține că criticile formulate de contestatoare sunt simple alegații/speculații/supoziții, nefiind însoțite de dovezi în sensul celor evocate.

Cu privire la acest aspect susține că contestatorul nu a avut acces la propunerea financiară întocmită de SC SRL, aici fiind incluse fundamentările/justificările de preț/cost, aceasta fiind declarată confidențială de către operatorul economic, în sensul în care „originalitatea ofertei tehnice precum și confidențialitatea prețurilor folosite în cadrul ofertei” constituie secret profesional și „dacă nu este confidențială denaturează interesele companiei în piață”, așa cum reiese din Formularul 10 Declarație privind informațiile din propunerea tehnică și elementele din propunerea financiară și/sau fundamentările/justificările de preț/cost, care au caracter confidențial.

Autoritatea contractantă arată că prin comisia de evaluare a evaluat propunerea financiară în discuție din toate punctele de vedere prevăzute de legislația achizițiilor publice, aceasta reprezentând un procent de 91,01%, raportat la valoarea estimată a achiziției și deci, comisia de evaluare, nu a avut motive să considere că „propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini”, în condițiile prevăzute la art. 210 din Legea nr. 98/2016, cu completările și modificările ulterioare.

Cele ante-menționate consideră că se aplică și pentru propunerea financiară a ofertei clasată pe locul II, depusă de SC SRL, a cărei valoare raportată la valoarea estimată a achiziției reprezintă un procent de 94,71%, comisia de evaluare neavând motive să considere că

„propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini”, în condițiile prevăzute la art. 210 din Legea nr. 98/2016, cu completările și modificările ulterioare. Și în acest caz, susține că contestatorul prezintă simple alegații/speculații/supoziții, neprezentând dovezi în acest sens, dovezi care nici nu puteau fi prezentate, atât timp cât SC SRL, nu a avut acces nici la propunerea financiară depusă de SC SRL, aceasta fiind declarată confidențială.

4. Referitor la faptul că raportul procedurii nu îndeplinește prevederile art. 216 alin. (2) lit. b), respectiv alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și că nu descrie în concret procesul de calificare și selecție al ofertanților, procesul de evaluare a propunerilor tehnice și financiare, procesul de evaluare a documentelor suport/dovezi în vedere demonstrării declarațiilor din Formularul DUAE, menționează faptul că acesta a fost întocmit în conformitate cu prevederile Ordinului ANAP nr. 1581/2018, respectând întocmai Anexa nr. 5 a acestuia, ținând cont de art. 3 alin. (1) din Ordinul ANAP nr. 1170/2021, conform căruia „Formularele standard prevăzute la art. 1 alin. (1) se aplică doar pentru procedurile de atribuire a căror dată limită stabilită pentru depunerea ofertelor/candidaturilor este stabilită după data intrării în vigoare a prezentului ordin”, procesul de evaluare detaliat regăsindu-se în procesele-verbale întocmite, în conformitate cu Anexele Ordinului ANAP nr. 1581/2018, pe fiecare fază de evaluare, parte a dosarului achiziției, așa cum este, de altfel, menționat și în raportul procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021.

5. Referitor la precizările conform cărora nu au fost solicitate clarificări în timpul perioadei de întocmire/elaborare a ofertelor, menționează cele avute în vedere de CNSC la emiterea Deciziei cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021: „Stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate nescrise fiind sancționată cu nulitatea absolută, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări; în același sens, nu poate fi pusă în discuție eventuala tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din caietul de sarcini, în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise”.

6. Referitor la faptul că raportul procedurii nu evidențiază modalitatea concretă de evaluare cu privire la îndeplinirea „cerințelor documentației de atribuire Cap. III pct. 1.3 Capacitatea tehnică și/sau profesională” reiterează cele ante-menționate, respectiv că raportul procedurii a fost întocmit în conformitate cu prevederile Ordinului ANAP nr. 1581/2018, respectând întocmai Anexa nr. 5 a acestuia, procesul de

evaluare detaliat regăsindu-se în procesele-verbale întocmite, în conformitate cu Anexele Ordinului ANAP nr. 1581/2018, pe fiecare fază de evaluare, parte a dosarului achiziției, așa cum este, de altfel, menționat și în raportul procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021.

7. Referitor la criticile aduse procesului de evaluare a documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, conform cărora acestea nu demonstrează pe deplin informațiile din DUAE, autoritatea subliniază că, din nou, contestatorul face simple alegații/speculații/supoziții, neaducând dovezi în acest sens. Or, din moment ce, contestatorul nu a intrat în posesia documentelor la care face referire, nu avea de unde să cunoască dacă acestea dovedesc sau nu în totalitate informațiile din Formularul DUAE. Procesul de evaluare a documentelor suport a fost realizată în conformitate cu prevederile legale aplicabile și rezultatul se regăsește în procesul-verbal nr. 4E/190759/13.09.2021, parte a dosarului achiziției, așa cum este, de altfel, menționat și în raportul procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021.

8. Cu privire la aspectele sesizate, conform cărora evaluarea propunerilor financiare ar avea la bază Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021 și că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, ar fi efectuat o evaluare financiară superficială, menționează că cele specificate în raportul procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021, la capitolul 3.2.3 Evaluarea propunerilor financiare, au fost stipulate în sensul în care, din succesiunea fazelor de evaluare descrise să reiasă clar că urmare deciziei CNSC au fost evaluate propunerile financiare din cadrul ofertelor respinse inițial, în faza de evaluare a propunerilor tehnice, iar propunerea financiară depusă de SC SRL, fiind deja evaluată anterior nu a mai necesitat o analiză suplimentară.

Astfel, având în vedere toate cele ante-menționate, autoritatea contractantă consideră că procesul de reevaluare a ofertelor depuse a respectat întocmai Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021 prin care a obligat-o la reevaluarea ofertelor cu respectarea anunțului de participare, a documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferente deciziei.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca fiind neîntemeiată din considerentele ante-menționate.

Prin contestația nr. 2120/20.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 49433/21.09.2021, SC SRL critică rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 4E/190765/13.09.2021 și raportul procedurii nr. 4E/190763/13.09.2021 în ceea ce privește admisibilitatea ofertei desemnate câștigătoare.

Contestatorul susține că ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități referitoare la modalitatea de întocmire a propunerii tehnice, prin adresa nr. 4E/190392 din 07.07.2021, autoritatea contractanta i-a solicitat, printre altele, sa justifice cum

consideră că îndeplinește cerința privind existența unei stații de preparare mixturi asfaltice cu o capacitate min. 100 tone/ora, aflată la o distanță maximă de 100 km față de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza SDN Alexandria.

Pentru a răspunde solicitării de clarificări, în raport de scopul pentru care autoritatea contractantă a prevăzut în caietul de sarcini cerința de calificare referitoare la stația de preparare mixturi asfaltice, respectiv menținerea mixturilor asfaltice la o temperatură optimă, care să permită așternerea în condițiile prevăzute de normativ, contestatorul susține că prin adresa postată în SEAP a arătat comisiei de evaluare următoarele:

„Pentru a acoperii întreaga suprafață a Județului Teleorman, am prezentat contracte cu 3 stații de mixturi asfaltice, cu o capacitate de productivitate totală de 370 tone/oră. Am luat în considerare următoarea repartizare a stațiilor: Stația Sorocam acoperă zona Nord Estică a județului până la Alexandria (inclusiv), Stația Oid New Construct acoperă zona de Nord est a județului până la Alexandria și stația Ceramica Invest care acoperă zona Sudică.

Astfel, prin prezentarea celor 3 stații acoperim toată zona județului Teleorman, nedepășind distanța de 100 km. Mai mult de atât precizăm că autobasculantele care transportă mixturile sunt dotate cu prelate și dotate cu termoizolație și/sau instalație de încălzire, pentru menținerea temperaturii optime de așternere a mixturilor la o distanță mai mare de 100 km/oră”.

Cu toate prin răspunsul său a arătat comisiei de evaluare că deține capacitatea tehnică pentru a executa lucrările care fac obiectul acordului-cadru în condițiile prevăzute de normativele în vigoare, contestatorul consideră că dând dovadă de un formalism exagerat și cu încălcarea prevederilor în materia achizițiilor publice care reglementează existența clauzelor nescrise în conținutul caietului de sarcini, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii autoritatea contractantă o informează cu privire la faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din anexa la HG nr. 395/2016, întrucât răspunsurile la solicitările de clarificări transmise prin adresa nr. 4E/190392 din 07.07.2021, nu sunt concludente și neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) din același act normativ, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Concret, precizează că pentru a proceda la respingerea ofertei sale, autoritatea contractantă a reținut ca fiind neîndeplinită cerința de calificare din caietul de sarcini privitoare la existența unei stații de preparare mixturi asfaltice cu o capacitate min. 100 tone/oră, aflată la o distanță maximă de 100 km față de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza SDN Alexandria.

Contestatorul apreciind ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă și

neconformă, a formulat contestație, cale administrativ-jurisdicțională admisă prin decizia CNSC nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021 În continuare contestatorul redă pasaje considerate relevante din decizia Consiliului.

Contestatorul arată că în considerarea caracterului obligatoriu al deciziilor CNSC statuat la art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei sale, sens în care, prin adresa a cărei anulare o solicită a fost informat cu privire la faptul că, în urma aplicării criteriului de atribuire așa cum a fost publicat în anunțul de participare oferta sas-a clasat pe locul II, iar oferta declarată câștigătoare a fost cea prezentată de SC SRL cu o propunere financiară de 21.005.580,00 lei fără TVA.

Apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante privind admisibilitatea ofertei depuse de SC SRL, iar pentru aceasta în continuare va prezenta motivele de fapt și de drept pentru care se impune reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertei desemnate câștigătoare.

Cu titlul preliminar, contestatorul precizează că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În considerarea celor de mai sus, pentru a face dovada admisibilității ofertelor depuse, consideră că fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a include în propunerea financiară toate și orice costuri privind îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini și, în același timp, obligația de a întocmi propunerea tehnică cu respectarea cerințelor minime ale caietului de sarcini. În același sens, există în sarcina ofertanților și obligația de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime de calificare prevăzute în documentația de atribuire.

Tot astfel, trebuie avut în vedere că, în conformitate cu dispozițiile art. 127 alin. (1) din anexa la HG nr. 395/2016, printre atribuțiile comisiei de evaluare se numără și acelea referitoare la:

„f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică; verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și,

dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege”.

Contestatorul mai arată că, în raport de atribuțiile stabilite de legiuitor, potrivit jurisprudenței CNSC „evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută la a se edifica pe deplin, atât ca urmare a analizării ofertelor, cât și ca urmare a eventualelor solicitări de clarificări cerute autoarelor acestora, asupra caracterului admisibil al ofertelor, respectiv asupra modului în care acestea răspund întru-totul necesităților de achiziție ale autorității contractante, așa cum sunt descrise în documentația de atribuire”.

Prin urmare consideră că, într-o astfel de situație, evaluarea ofertelor trebuie să se bazeze pe informații concrete obținute de la ofertanți, sens în care autoritatea contractantă deține toate pârghiile necesare pentru a se edifica pe deplin, cu bună-credință, asupra elementelor unei oferte, astfel încât atribuirea contractului de achiziție publică să se realizeze în cunoașterea deplină a ofertei câștigătoare și a convingerii că aceasta acoperă integral nevoile autorității contractante care au determinat procesul de achiziție.

Or, în cadrul procedurii de atribuire o astfel de verificare nu o fost realizată, în condițiile în care, în ceea ce privește SC SRL, terenul pentru care se propune amplasarea stației de mixturi asfaltice mobilă (Contract de închiriere nr. 10/17.05.2021, încheiat cu, obiectul contractului constând în închirierea unei suprafețe de 2500mp situată în Mun. Alexandria, str. Turnu Măgurele, Km 6, jud. Teleorman), este teren extravilan, situație care face ca ofertantul desemnat câștigător să fie în imposibilitatea obținerii autorizației pentru amplasarea stației pe acest teren.

Mai mult, susține că terenul nu dispune de utilități, fiind în câmp, nici utilitățile nu sunt accesibile la teren fiind amplasate la 5KM, astfel fiind imposibilă punerea în funcțiune a stației.

De asemenea, arată că, SC SRL nu a cotate în cadrul ofertei financiare costuri suplimentare pentru: obținerea autorizației de mediu și racordare la utilități.

În opinia sa toate aceste aspecte fac dovada faptului că legalitatea rezultatului procedurii a fost afectată, sens în care solicită Consiliului ca, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună:

- anularea adresei nr. 4E/190765 din 13 septembrie 2021 de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4E/190763 din 13 septembrie 2021, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a celor subsecvente, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnate câștigătoare;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de SC SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de SC SRL de la etapa verificării admisibilității acesteia.

În drept invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale anexei la HG nr. 395/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită aprobarea cererii de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. 1231/27.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 50612/27.09.2021 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207539996/1 tranzacția nr. 1130393074/ 1930876663 din 27.09.2021 în valoare de 88.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 51357/30.09.2021 SC SRL depune cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante solicitând respingerea criticilor din contestația formulată de SC SRL ca autoritate de lucru judecat, tardive și nefondate.

I. Admisibilitatea cererii de intervenție.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) din Noul Cod de Procedură Civilă, intervenientul solicită admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție, în considerarea faptului că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În acest context, având în vedere că:

i. dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevăd dreptul operatorilor economici participanți la procedură de a formula cerere de intervenție în litigiu;

ii. are calitatea de operator economic participant la procedură, oferta sa fiind declarată câștigătoare;

iii. prin contestația formulată, SC SRL a solicitat, inter alia, anularea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare;

iv. formularea apărărilor, sub aspectul susținerii legalității declarării ofertei sale drept câștigătoare i-ar fi îngăduită în cazul în care nu ar avea calitatea de parte în dosar astfel încât să își poată proteja dreptul dobândit în calitate de ofertant câștigător, motiv pentru care solicită admiterea cererii de intervenție în principiu și să se dispună introducerea sa în cauză în calitate de intervenient în Dosarul nr. 2476-C1 având ca obiect contestația formulată de SC SRL împotriva rezultatului procedurii de atribuire;

v. De asemenea, subliniază faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în

reglementarea CEDO (art. 6 alin. (1)), instituie cadrul legal prin care el poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Astfel, consideră că sunt îndeplinite condițiile generale în vederea justificării „interesului” în formularea și susținerea acestei cereri.

Având în vedere toate aceste considerente, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și introducerea sa în cauză în calitate de intervenient.

I. Admiterea excepției tardivității.

Raportat la prevederile art. 8 alin. (1) și art. 3 din Legea nr. 101/2016, intervenientul apreciază că demersul promovat de SC SRL împotriva modului în care a fost evaluată oferta sa este tardiv în condițiile în care contestatorul cunoștea încă de la data promovării primei contestații faptul că oferta SC SRL are un preț mai mic fapt care poate conduce la declararea ofertei ca și câștigătoare a procedurii de atribuire.

Astfel, arată că în primul ciclu procesual, SC SRL avea calitatea de persoană vătămată fiind îndeplinite ambele condiții prevăzute de legiuitor respectiv: interesul și faptul că risca să sufere un prejudiciu, în condițiile în care a invocat prin propriul demers juridic caracterul de clauză nescrisă a cerinței privind stația de mixturi asfaltice, acesta fiind singurul motiv de neconformitate reținut de autoritatea contractantă cu privire la oferta sa.

Astfel, în opinia sa riscul de a suferi un prejudiciu ca urmare a actului emis de autoritatea contractantă care a reținut un singur motiv de neconformitate cu privire la oferta intervenientului, considerat nelegal inclusiv de SC SRL, era unul evident care trebuia să determine contestatorul să formuleze critici cu privire la modul în care a fost evaluată oferta intervenientului, dacă considera că actele emise de autoritatea contractantă sunt nelegale, în termen legal.

Prin urmare, consideră că orice critici formulate la acest moment împotriva modului în care a fost evaluată oferta intervenientului, sunt tardive, actele emise de autoritatea contractantă nefiind contestate de SC SRL, ofertant care avea calitatea de persoană vătămată încă din primul ciclu procesual.

Invocă în susținerea celor anterior învederate inclusiv Decizia nr. 66/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, în Dosarul nr. 156/39/2018, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, prin care s-au reținut următoarele:

„76. Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de CNSC sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu

au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect”.

Față de toate aceste considerente, solicită respingerea contestației ca tardiv formulată.

II. Admiterea excepției autorității de lucru judecat raportat la decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021.

Intervenientul arată că prin contestația formulată, SC SRL arată faptul că atribuirea contractului de achiziție publică trebuie să se realizeze în cunoașterea deplină a ofertei câștigătoare și a convingerii că aceasta acoperă integral nevoile autorității contractante.

De asemenea arată că, în continuarea raționamentului său, contestatorul apreciază că în speță autoritatea contractantă nu a realizat o astfel de verificare, invocând critici referitoare la cerința din caietul de sarcini privind stația de mixturi asfaltice, care vizează terenul unde aceasta este amplasată, utilitățile, cotarea în oferta financiară a cheltuielilor aferente stației.

Criticile contestatorului pe lângă faptul că vizează aspecte soluționate cu autoritatea de lucru judecat de CNSC, așa cum va arăta în continuare, în opinia sa sunt cu atât mai surprinzătoare cu cât chiar SC SRL a invocat în primul ciclu procesual nulitatea absolută a cerințelor privind stația de mixturi asfaltice din perspectiva faptului că acestea sunt clauze nescrise, demers juridic admis de Consiliu prin Decizia CNSC nr. 1898/C1/1951,1977/26.08.2021.

Prin urmare, în condițiile în care Consiliul a reținut cu autoritatea de lucru judecat caracterul de clauză nescrisă a cerinței privind stația de mixturi asfaltice atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor de evaluare a ofertelor, ineficacitatea și lipsa oricăror efecte juridice cu privire la cerința din caietul de sarcini, orice critici legate/care decurg din aceasta sunt la rândul lor inadmisibile, în condițiile în care se raportează la o clauză cu privire la care s-a dispus nulitatea absolută.

Potrivit dispozițiilor art. 430 alin. (1) și (2) C.pr.civ. „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

Prin urmare, față de faptul că motivele de pretinsă neconformitate a ofertei sale invocate de contestator se referă la o cerință din caietul de

sarcini cu privire la care Consiliul a reținut caracterul de clauză nescrisă, rezultă că, prin raportare la dispozițiile art. 430 și ale art. 431 C.pr.civ., reiterarea acestor critici prin contestația ce face obiectul prezentului dosar este inadmisibilă, criticile urmând a fi respinse, fără a mai fi analizate pe fond, ca urmare a admiterii excepției autorității de lucru judecat.

În sensul celor de mai sus invocă și practica judiciară relevantă:

- Decizia civilă nr. 3195/17.04.2014 pronunțată de Curtea de Apel

- Decizia civilă nr. 8906/27.10.2014 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara:

- Decizia civilă nr. 2457/11/06.2012 pronunțată de Curtea de Apel

De asemenea, arată că în doctrină s-a reținut faptul că „autoritatea de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să fie contrazisă de o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur)”.

Prin urmare, susține că conform doctrinei și practicii judiciare constante, autoritatea de lucru judecat este incidentă în situația în care, prin hotărârea evocată au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit. Astfel, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Această interpretare a autorității de lucru judecat corespunde necesității de stabilitate juridică, fiind interzisă readucerea în fața instanțelor a chestiunii litigioase deja rezolvate.

Consideră că, în speța de față, aspectele invocate de contestator în ceea ce privește oferta intervenientului au fost deja soluționate anterior de CNSC.

Mai mult, precizează că Consiliul a dispus în mod explicit că se impune anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente reținând în același timp obligația în sarcina autorității contractante de a reevalua oferta sa „cu respectarea anunțului de participare, documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferenta prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare”.

Astfel, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a pus în executare Decizia CNSC prin care s-a dispus în mod explicit care sunt condițiile în care autoritatea contractantă trebuie să reevalueze oferta sa.

Față de toate aceste considerente, consideră că rezultă cu evidență că demersul juridic promovat de SC SRL trebuie respins, având în

vedere că susținerile din contestația formulată au fost soluționate și beneficiază de autoritate de lucru judecat.

În concluzie, solicită admiterea excepției autorității de lucru judecat așa cum a fost formulată.

În subsidiar, solicită respingerea contestației ca nefondată. Consideră că contestatorul este în vădită eroare în condițiile în care terenul pe care se va amplasa stația de mixturi asfaltice se află în intravilan, conform Contactului de închiriere, el având atât resursele tehnice cât și cele financiare pentru punerea în funcțiune a stației conform ofertei depusă.

Având în vedere toate aceste considerente, solicită admiterea atât în principiu cât și pe fond a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulată de SC SRL în principal în considerarea excepțiilor invocate iar, în subsidiar, ca nefondată.

În drept, invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 din NCPC, precum și toate celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul prezentei cereri de intervenție.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 solicită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii și efectuării de copii xerox.

Prin adresa nr. 4E/190828/22.09.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 50099/23.09.2021 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Pentru început autoritatea contractantă prezintă derularea procedurii de atribuire până la momentul depunerii prezentelor contestații, prezentare ce se regăsește și în punctul de vedere față de contestația SC SRL.

Urmare punerii în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, precizează că în baza motivării avută în vedere de CNSC la emiterea deciziei, în conformitate cu principiile reglementate de Legea nr. 98/2016, cu completările și modificările ulterioare și având în vedere prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, a reevaluat ofertele depuse la procedura de achiziție publică, rezultatul procedurii regăsindu-se în raportul procedurii cu nr. 4E/I90763/ 13.09.2021, comunicat tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire.

Astfel, oferta clasată pe primul loc și declarată câștigătoare, urmare reevaluării și aplicării criteriului de atribuire, a fost oferta depusă de SC SRL, cu o propunere financiară de 21.005.580,00 lei fără TVA.

Oferta depusă de SC SRL, s-a clasat pe locul II, urmare reevaluării ofertelor și aplicării criteriului de atribuire, cu o propunere financiară 21.858.320,00 lei fără TVA.

Referitor la criticile formulate de SC SRL, prin contestația cu nr. 2120/20.09.2021 și înregistrată la DRDP cu nr. 8/33690/2021, conform căroră „trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare”, și cele conform căroră „pentru a face dovada admisibilității ofertelor depuse, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a include în propunerea financiară toate și orice costuri privind îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini și, în același timp, obligația de a întocmi propunerea tehnică cu respectarea cerințelor minime ale caietului de sarcini. În același sens, exista în sarcina ofertanților și obligația de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime de calificare prevăzute în documentația de atribuire”, autoritatea contractantă răspunde cu cele menționate în motivarea avută în vedere de CNSC la emiterea deciziei cu nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021, și anume: „Stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate nescrise fiind sancționată cu nulitatea absolută, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări; în același sens, nu poate fi pusă în discuție eventuala tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din caietul de sarcini, în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise [...]”, astfel autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a avut în vedere la reevaluarea ofertelor, doar acele clauze care nu au fost considerate nescrise, în temeiul art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, clauze nescrise atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din același act normativ.

Referitor la criticile formulate de SC SRL, conform căroră „evaluarea ofertelor trebuie să se bazeze pe informații concrete obținute de la ofertanți, sens în care autoritatea contractantă deține toate pârghiile necesare pentru a se edifica pe deplin, cu buna-credință, asupra elementelor unei oferte, astfel încât atribuirea contractului de achiziție publică să se realizeze în cunoașterea deplină a ofertei

câștigătoare și a convingerii că aceasta acoperă integral nevoile autorității contractante care au determinat procesul de achiziție cele conform cărora „în cadrul procedurii de atribuire o astfel de verificare nu a fost realizată, în condițiile în care, în ceea ce privește SC SRL, terenul pentru care se propune amplasarea stației de mixturi asfaltice mobilă (Contract de închiriere nr. 10/17.05.2021, încheiat cu, obiectul contractului constând în închirierea unei suprafețe de 2500mp situată în Mun. Alexandria, str. Turnu Măgurele, nr. Km 6, jud. Teleorman), este teren extravilan, situație care face ca ofertantul desemnat câștigător să fie în imposibilitatea obținerii Autorizației pentru amplasarea stației pe acest teren” și cele conform cărora „Tot astfel terenul nu dispune de utilități, fiind în câmp, nici utilitățile nu sunt accesibile la teren fiind amplasate la 5KM, astfel fiind imposibilă punerea în funcțiune a stației” Consiliul a stabilit prin motivarea avută în vedere la emiterea Deciziei nr. 1898/C1/1951, 1977 din 26.08.2021, ca în temeiul art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/ simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise iar comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale, așa cum sunt prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare, a pus în aplicare întocmai Decizia anterioară menționată.

Subliniază, de asemenea, faptul că SC SRL și-a asumat, pe proprie răspundere, prin „DECLARAȚIE privind utilajele, echipamentele tehnice și mijloacele de transport de care dispune Ofertantul pentru execuția Acordului Cadru” că „va avea disponibile, utilajele și echipamentele necesare, conform prevederilor caietului de sarcini, necesare pentru executarea lucrărilor descrise în Documentația de atribuire, pe toată durata colaborării cu Beneficiarul în prezentul acord-cadru în bune condiții și cu promptitudinea solicitată” ca urmare a solicitării de clarificări transmisă prin adresa 4E/190694/03.09.2021.

Totodată, precizează că la pagina 164 din propunerea tehnică, SC SRL a prezentat „DECLARAȚIE STATIE DE ASFALT” în care declara pe proprie răspundere că „în cazul atribuirii Acordului - cadru, mai sus menționat, vom amplasa stația de asfalt (mobilă), la maxim 100 km de față de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza căreia se executa lucrările de ranforsare sistem rutier, respectiv strada Turnu Măgurele, nr. Km 6, jud. Teleorman, Mun. Alexandria si ca „ toate costurile privind amplasarea stației (respectiv: cheltuieli legate de obținerea terenului, autorizație de construire/desființare, acord de mediu, raport de inspecție, autorizații de punere în funcțiune, aviz alimentare energie electrica etc.), au fost luate în calcul de către asocieria noastră și sunt prinse în valoare de 250.000,00 lei fără TVA, la nivelul cheltuielilor indirecte din propunerea financiară”.

Astfel, având în vedere toate cele ante-menționate, autoritatea contractantă consideră contestația formulată de SC SRL, ca neîntemeiată, motiv pentru care solicită respingerea acesteia.

Având în vedere documentele depuse în cadrul procedurii, declarate „CONFIDENȚIALE”, respectiv propunerea financiară inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări” precum și faptul că SC SRL, SC SRL și SC SRL au solicitat să li se permită accesul la dosarul cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresele nr. 3467/2465,2476/C1/20.01.2022, și nr. 3469/2465,2476/C1/20.01.2022 Consiliul a solicitat ofertanților SC SRL și SC SRL să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de către aceasta ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 3750/21.01.2022, SC SRL răspunde solicitării Consiliului, precizând că nu permite accesul competitorilor săi la documentele din cadrul ofertei sale declarate confidențiale.

SC SRL invocând dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, solicită Consiliului să aibă în vedere declarația de confidențialitate depusă în cadrul ofertei, care vizează informațiile de natură tehnică și financiară din cadrul ofertei și, implicit, din cadrul oricărui document care conține astfel de informații, respectiv: (i) răspunsuri la solicitări de clarificări la care a anexat părți din propunerea tehnică/financiară, (ii) procese verbale de evaluare, în care sunt redactate aceste răspunsuri și (iii) orice alt document care conține informații declarate confidențiale și se regăsește în dosarul achiziției.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 3751/21.01.2022, SC SRL răspunde solicitării Consiliului, precizând că nu permite accesul SC SRL și SC SRL la documentele din cadrul ofertei sale declarate confidențiale.

În susținerea confidențialității ofertei sale SC SRL reia susțineri din cadrul declarației de confidențialitate inclusă în cadrul ofertei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... SA – DRDP, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă accelerată pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „Ranforsare sistem rutier (cu lianți bituminoși și hidraulici) pentru lucrările aferente reparațiilor curente pe rețeaua de drumuri naționale din administrarea DRDP: lot SDN Alexandria”, cod CPV: 45233142-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de

participare nr. CN1030423/20.04.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 23.080.000,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care face obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 51357/30.09.2021 (față de contestația formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 2465/2021) și cererea intervenție fără număr, înregistrată la CNSC sub nr. 51349/30.09.2021 (față de contestația formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 2476/2021), care prezintă natura juridică a unor cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererile de intervenție drept cereri de intervenție accesorii formulate în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător al procedurii, iar cererile sale privesc menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererile de intervenție formulate de SC SRL, astfel cum au fost calificate.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererile de intervenție a SC SRL împreună cu contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL.

Ținând cont de prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției „autorității de lucru judecat” invocată de către intervenientul SC SRL în cadrul cererilor de intervenție (față de contestația formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 2465/2021) și (față de contestația formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 2476/2021), pe care le va admite având în vedere considerentele ce urmează.

Autoritatea de lucru judecat a unei hotărâri semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată – *„bis de eadem re ne sit actio”*, iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să fie contrazisă de o altă hotărâre – *„res iudicata pro veritate habetur”*.

Anterior, în cadrul aceleiași proceduri au fost formulate de către SC SRL contestația înregistrată la CNSC sub nr. 39800/30.07.2021, ce a făcut obiectul dosarului nr. 1951/2021 și contestația formulată de SC SRL înregistrată la CNSC sub nr. 40106/02.08.2021, ce a făcut obiectul dosarului nr. 1977/2021, ambii contestatori fiind nemulțumiți de decizia autorității contractante de respingere a ofertei lor ca inacceptabilă și neconformă pe motiv că nu au

respectat cerințele/condițiile impuse în caietul de sarcini privind stația de mixturi (în speță cerința deținerii în dotare a unei stații de preparare mixturi asfaltice la o distanță de maxim 100 km față de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza căreia se execută lucrările de ranforsare sistem rutier) solicitând reevaluarea ofertelor.

Prin Decizia nr. 1898/C1/1951,1977 din data 26.08.2021, Consiliul a admis contestația formulată de către SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu SA – DRDP, a anulat raportul procedurii și actele subsecvente și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea anunțului de participare, documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferente, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Decizia nr. 1898/C1/1951,1977 din data 26.08.2021 a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel, de către SC SRL fiind constituit Dosarul 5905/2/2021. Plângerea a fost soluționată prin Hotărârea nr.2664/2021 pronunțată în data de 28.12.2021, prin care s-a dispus: „Respinge excepția tardivității plângerii. Respinge plângerea ca nefondată. Definitivă”.

Având în vedere soluția pronunțată de instanță, respectiv respingerea plângerii ca nefondată, decizia Consiliului devine definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul lor beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Din motivarea Deciziei CNSC nr. 1898/C1/1951,1977 din data 26.08.2021 definitivă și irevocabilă prin respingerea plângerii ca nefondată de către Curtea de Apel, Consiliul va reține următoarele considerente:

„Având a determina în ce măsură stabilirea în cadrul caietului de sarcini a unor condiții privind capacitatea tehnică a ofertanților, în speță condiția deținerii în dotare a unor stații de mixturi asfaltice (la o distanță de maxim 100 km fata de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza căreia se executa lucrările de ranforsare sistem rutier) poate constitui motiv de respingere în etapa de evaluare a ofertelor, Consiliul apreciază ca fiind aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- b) situația economică și financiară;*
- c) capacitatea tehnică și profesională.*

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare,

dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016: „Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului”;

- art. 30 din HG nr. 395/2016: „(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă stabilește criterii de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criterii de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic /organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.

Or, cerința inclusă în caietul de sarcini, conform căreia ofertanții vor face dovada „deținerii în dotare a unei stații de preparare mixturi asfaltice care să se afle la o distanță de maxim 100 km fata de cel mai îndepărtat punct al secției pe raza căreia se execută lucrările de ranforsare sistem rutier”, are natura unei cerințe de calificare și de selecție care ar fi trebuit să se regăsească menționată în mod corespunzător și explicit în cuprinsul anunțului de participare și nicidecum inclusă în mod artificial doar în cuprinsul caietului de sarcini, astfel încât oferta să fie respinsă prin raportare la o pretinsă neconcordanță cu această cerință.

În conformitate cu dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Având în vedere caracterul documentelor pretinse a lipsi din propunerile tehnice ale celor 2 ofertanți, respectiv **demonstrarea deținerii unor stații de mixturi**

asfaltice, Consiliul reține că aceasta nu reprezintă o specificație tehnică a lucrărilor (în sensul dispozițiilor art. 20 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016) necesar a fi evaluată în etapa tehnică, ci ține de capacitatea ofertantului de a executa contractul de achiziție publică, încadrându-se astfel în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor.

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică ofertantului se stabilesc la nivelul anunțului de participare, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctele III.1.) și III.1.3), autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada deținerii în dotare a unei stații de mixtură asfaltică, cerință care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, se constată că acesta reprezintă o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Prin stabilirea unor criterii de calificare corespunzătoare, autoritatea contractantă putea și trebuia să evite consecințele negative ale atribuirii contractului în favoarea unui contractant care nu are potențialul tehnic și/sau organizatoric de a duce la îndeplinire obligațiile contractuale. Prin urmare, **în această etapă a procedurii de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă nu poate adăuga cerințe/specificații noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor, autoritatea contractantă încercând în acest moment să interpreteze/includă anumite cerințe care nu au fost menționate în mod expres în cadrul anunțului de participare astfel încât să devină obligatorii, încălcând astfel principiul transparenței și tratamentului egal.**

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza C-213/2017, CJUE s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se

vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00,

Rec., p. I- 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom,

C- 448/01, Rec., p. I- 14527, punctul 47), constituie într- adevăr, temeiul directivelor

privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre

altele, Hotărârea Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din

19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar obligația autorităților

contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus

Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213, punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005,

Fabricom, C- 21/03 și C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul 26)”.

Stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate nescrise fiind sancționată cu nulitatea absolută, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări; în același sens, nu poate fi pusă în discuție eventuala tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din caietul de sarcini, în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși contrar legii nu sunt incluse în anunțul de participare, conduc totuși la respingerea ca neconformă a ofertelor pentru neîndeplinirea lor.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe

criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10

octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6

noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice; în atare condiții, respingerea ofertelor celor doi contestatori în cadrul etapei de evaluare ca fiind inacceptabile și neconforme, sunt lipsite de temei legal, din moment ce unicul criteriu pe care comisia de evaluare l-a constatat neîndeplinit de către cei doi contestatori a fost cel inserat exclusiv în caietul de sarcini.

Având a se pronunța potrivit principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost investit de către cei 2 contestatori, respectiv cu privire la respingerea ofertelor datorită omisiunii de a demonstra că dispun de stația de mixturi asfaltice având capacitatea și aflată la distanța din caietul de sarcini, **Consiliul reține că prin indicarea în caietul de sarcini a unei cerințe de calificare fără a o menționa în cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă și-a asumat riscul ca, în cadrul procedurii, să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe de calificare și nu și-a descris în mod obiectiv necesitatea sa.**

Având în vedere cerințele din caietul de sarcini antemenționate raportat la prevederile legale în domeniu Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a evaluat aceste cerințe cu rigurozitatea unui formalism exagerat, precizările referitoare la stația de mixturi asfaltice din cuprinsul caietului de sarcini fiind, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauze nescrise atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016”.

Din considerentele deciziei CNSC nr. 1898/C1/1951,1977 din data 26.08.2021 definitivă și irevocabilă, rezultă indubitabil că autoritatea contractantă trebuia în etapa reevaluării ofertelor ca urmare a punerii în aplicare a respectivei decizii, să facă abstracție de îndeplinirea unor cerințe/condiții privind stația de mixturi asfaltice, acestea fiind clauze nescrise sancționate de legiuitor cu nulitatea absolută.

Or, în condițiile în care atât SC SRL cât și SC SRL în cadrul contestațiilor formulate reiterează neîndeplinirea unor cerințe/condiții privind stația de mixturi asfaltice, asupra cărora Consiliul s-a pronunțat deja în mod definitiv și irevocabil, este evident că acestea nu mai pot constitui obiectul unui nou control de legalitate din partea Consiliului.

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai

poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Autoritatea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind deci opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea „aceeași calitate” în ambele cereri înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi identitate de părți, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”* și art. 430 alin. (1) și (2) *„hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”*.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii. Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezentate alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat.

Prin urmare, constatând că cerințele/condițiile privind stațiile de mixturi asfaltice au fost dezlegate definitiv prin decizia anterioară, Consiliul urmează să respingă aceste critici formulate de SC SRL și SC SRL deoarece există autoritatea de lucru judecat și, pe cale

de consecință, să admită excepția invocată în cererile de intervenție formulate de SC SRL.

În ceea ce privește criticile formulate de SC SRL referitoare la propunerile financiare aparținând SC SRL și SC SRL, Consiliul reține că, deși SC SRL invocă faptul că acestea nu ar fi sustenabile în raport cu cerințele caietului de sarcini, nefiind rezultatul liberei concurențe, contestatorul nu indică, precizează sau argumentează care sunt acele elemente de cost din cadrul propunerilor financiare care nu au fost respectate sau sunt neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile avute în vedere în cadrul documentației de atribuire, limitându-se doar la a menționa că ofertele înaintate de 21.005.580 lei și 21.858.320 lei, nu pot fi justificate, Consiliul neputându-se substitui societății contestatoare în ce privește indicarea/identificarea elementelor de cost ce ar putea determina un preț neobișnuit de scăzut și a motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate.

Simpla declarație a contestatorului privind presupusa propunere neobișnuit de scăzută a ofertelor criticate, în lipsa oricărei probe nu este suficientă pentru a demonstra caracterul neconform al acestora. Scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatorului au fost lezate prin conduita presupus nelegală a autorității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării; altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „*in integrum*” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice constituit la Consiliu, aceasta nu a profitat de oportunitatea de a veni în urma studierii dosarului, de a indica pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor cu privire la tarifele ofertate și a probelor pe care se bazează; altfel spus în susținerea contestației avea obligația pe de-o parte de a indica în concret

elementele de preț ce nu au fost respectate în constituirea prețurilor ofertate și pe de altă parte de a proba caracterul nesustenabil și real al tarifelor criticate, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora: *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze în cazul fiecărui tarif în parte elementele de cost ce alcătuiesc tariful și nu pot fi justificate astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil și real al acestora.

Mai mult, indicarea/demonstrarea de către contestator a elementelor de preț care nu pot fi justificate se impunea cu atât mai mult, cu cât autoritatea contractantă a indicat în mod expres în cadrul Procesului verbal nr. 5 al ședinței privind reevaluarea propunerilor financiare (pag. 000341 din dosarul achiziției) că ofertele financiare criticate sunt corelate cu ofertele tehnice, nefiind necesare clarificări în acest sens.

Relevante în soluționarea cauzei sunt următoarele dispoziții din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 325/2016:

- art. 127 alin. (1) lit. h): *„Comisia de evaluare are următoare atribuții: (...) h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea*

contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege”;

- art. 136: „(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă”.

Din interpretarea textului legal mai sus menționat, rezultă că determinarea caracterului aparent neobișnuit de scăzut a unei propuneri financiare se face prin raportare la prețurile pieței nicidecum la diferențele de preț rezultate ca urmare a comparării prețurilor oferite.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă ca nefondate contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu SA – DRDP iar, pe cale de consecință, va admite cererile de intervenție formulate de SC SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu SA – DRDP iar, pe cale de consecință, admite cererile de intervenție formulate de SC SRL.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor

în domeniul achizițiilor publice

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 6 (șase) exemplare originale, conține 36 (treizeci și șase) pagini.